

Plano de saúde. Modalidade individual ou familiar. Cláusula de reajuste de mensalidade por mudança de faixa etária.

Apontamentos sobre o julgamento do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, datado de 14.12.2016 (acórdão publicado no DJe 19.12.2016). Análise da tese fixada para os efeitos do artigo 1.040 do Código de Processo Civil

Alexandre David Malfatti^{1,2}

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. O consumidor idoso no Brasil: aspectos gerais

O interesse pelo julgamento do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça julgado em 14.12.2016 (acórdão publicado no DJe 19.12.2016) resulta da sua importância para os contratos de assistência à saúde – seguro saúde ou plano de saúde – destinados aos consumidores idosos.

Inicialmente, cumpre destacar a figura do idoso enquanto consumidor.

No Brasil, o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) anunciou recentemente que a população idosa triplicará, considerados os dados de comparação entre 2010 (19,6 milhões de pessoas ou 10% da população total) e 2050 (66,5 milhões de pessoas ou 29,3% da população total)³. Essa nova realidade demográfica chama atenção de todos governantes, inclusive para formulação de políticas públicas – sociais, econômicas e da saúde. A cada ano mais de 650 pessoas são incorporadas à população idosa. O envelhecimento da população exige uma conscientização dos políticos e dos demais atores da sociedade.

¹ Especialista em Processo pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Coordenador da Área de Direito do Consumidor na Escola Paulista da Magistratura (EPM). Coordenador do Núcleo de Direito de Consumidor na EPM. Coordenador do Curso de Especialização em Direito do Consumidor na EPM. Palestrante em “Cursos de Especialização” e “Cursos de Formação Inicial e Formação Continuada de Magistrados” e autor de obras jurídicas nas áreas de Direito do Consumidor e Direito Processual Civil.

² O presente trabalho inspirou-se e fundamentou-se nos estudos desenvolvidos durante a programação do 2º Núcleo de Estudos de Direito do Consumidor, evento promovido pela Escola Paulista da Magistratura e destinado a magistrados do Tribunal de Justiça de São Paulo interessados na discussão de temas do Direito do Consumidor.

³ Destaca-se o segundo capítulo no seguinte trecho: “O aumento contínuo do grupo populacional que compõe a cognominada terceira idade é uma realidade, que já dá para ser percebida no cotidiano da sociedade brasileira. Só para reforçar essa questão, tendo como base as informações disponíveis da Tabela 11, observa-se que, entre 2010 e 2050, a previsão é que o grupo populacional de 60 anos e mais de idade triplique em termos absolutos, passando de 19,6 milhões para 66,5 milhões. Estas transformações nas estruturas etárias já começam a afetar a configuração das pirâmides etárias (Gráfico 8), com diminuições sucessivas de contingentes populacionais na sua base, em paralelo a aumentos contínuos nas idades posteriores, até atingir a forma de uma estrutura piramidal mais estável.” Disponível em: <http://bit.ly/2WaxG30>. Acesso em: 6 out. 2017.

Notamos na sociedade brasileira não só um aumento da fatia de idosos na população, mas também a alteração das características e condições da inserção social.

Alguns aspectos sobre a *realidade social do idoso no Brasil* merecem realce.

No campo da educação, a população idosa ainda enfrenta sério problema. É justamente essa faixa da população que não estudou – a Secretaria de Direitos Humanos⁴ informa um tempo médio de estudo de 3,4 anos. Ou seja, na grande maioria, o idoso brasileiro não apresenta conclusão sequer do ensino fundamental. Essas circunstâncias informam o chamado “analfabetismo funcional”. Não é difícil notar que um idoso tem enorme dificuldade de compreensão de um texto – notadamente um contrato – mesmo que seja capaz de assinar (com muita dificuldade) seu nome.

A situação financeira do idoso está longe de equilíbrio. Aumenta o número de idosos responsável pelo domicílio, assim compreendidos aqueles em que a renda obtida é a principal fonte para subsistência da família. A Secretaria de Direitos Humanos⁵ noticia quase 9 milhões de idosos nessa condição.

O problema da saúde na população idosa é igualmente preocupante. Uma publicação especializada⁶ revela o problema da *solidão* e seus nefastos efeitos sobre a saúde do idoso:

Sabemos que os problemas de saúde podem ser causados ou agravados pela solidão e baixo nível sócio-econômico. Isto torna-se mais intenso no caso de portadores de patologias múltiplas, situação mais comum no idoso e, principalmente, no idoso frágil. A solidão do idoso hoje em dia, está muito relacionada às alterações que ocorrem na família de hoje. Nos grandes centros urbanos, tem aumentado a proporção de pequenas famílias em detrimento das famílias extensas.

Esse estudo ressaltou inúmeros problemas de saúde na população idosa: depressão, Alzheimer, instabilidade postural etc. Por fim, destacou a necessidade de um modelo de saúde voltado para os idosos, que fuja daquele hospitalar ou asilar, mas que não se restrinja ao ambulatorial ou serviço domiciliar – modelo inserido de modo precário na sociedade. Propõe-se um modelo denominado Programa de Avaliação Geriátrica baseado numa “abordagem geriátrica”, que se fundamenta na atenção integral ao idoso e suas necessidades (uma “avaliação geriátrica ampliada”) e já foi testado com sucesso na Grã Bretanha:

O Programa de Avaliação Geriátrica pode ser conceituado como um processo diagnóstico multidimensional, comumente interdisciplinar, projetado para quantificar no idoso suas condições (capacidades e problemas) médicas, psico-sociais e funcionais, com o objetivo de se conseguir um plano terapêutico e de seguimento abrangente.

⁴ SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Dados sobre o Envelhecimento no Brasil*. Disponível em: <http://bit.ly/2QzCYjA>. Acesso em: 6 out. 2017.

⁵ Idem. – Disponível em: <http://bit.ly/2QzCYjA> Acesso em: 6 out. 2017.

⁶ TERCEIRA Idade – Dados Estatísticos sobre os Idosos. Disponível em: <http://bit.ly/2EHv5nh>. Acesso em: 6 out. 2017.

A Secretaria de Direitos Humanos vinculada à Presidência da República⁷ listou as maiores violações contra os idosos no Brasil: “Em relação aos idosos, o DDH registrou 68,7% de violações por negligência, 59,3% de violência psicológica, 40,1% de abuso financeiro/econômico e violência patrimonial, sendo para esta população o maior índice desta violação, e 34% de violência física”.

Conhecer essa realidade social do idoso brasileiro é o requisito mais importante para interpretação adequada das normas. Usualmente, tem-se um idoso com baixa escolaridade, problemas financeiros e de saúde.

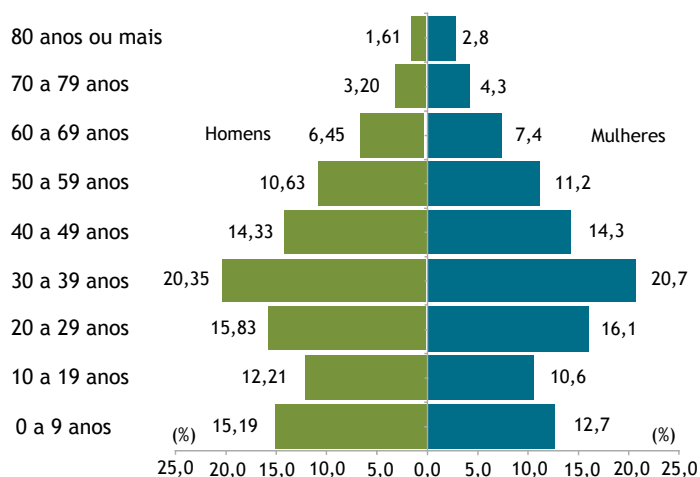
Em suma, pode-se concluir e dizer que o intérprete do Direito em geral e o magistrado em especial deve – verdadeira obrigação constitucional como será visto adiante – cuidar para que o idoso brasileiro tenha respeitados seus direitos também à luz de uma realidade social.

2. Consumidor idoso: uma situação de hipervulnerabilidade

O Brasil conta com 47,6 milhões de beneficiários de plano ou seguro saúde (fonte SIB/ANS/MS – 3/2017). Nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, a mesma fonte informa que desse total tem-se 19,63% de contratos na modalidade “individual ou familiar”.

Um quadro representa importante esclarecimento sobre a realidade da contratação por idosos dos planos ou seguros saúde:

Pirâmide da estrutura etária dos beneficiários de planos privados de assistência médica (Brasil - março/2017)



Fonte: SIB/ANS/MS - 03/2017

Percebe-se que a passagem das faixas etárias representa motivo para decréscimo na manutenção dos contratos de planos privados de assistência à saúde. Há significativa queda

⁷ SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Dados sobre o Envelhecimento no Brasil*. Disponível em: <http://bit.ly/2QzCYjA>. Acesso em: 6 out. 2017.

quando o consumidor atinge 40 anos, reduzindo-se do patamar de 14% da população para 11% da população. Porém, ao atingir 50 anos esse percentual reduz-se para 11%. E pior, ao atingir 60 anos, isto é, quando se torna idoso para o ordenamento jurídico brasileiro, o volume de contratação do consumidor dos planos privados de assistência à saúde se reduz para algo próximo a 7% da população⁸. E daí por diante novos decréscimos, até se chegar ao espantoso número de 2% da população quando se ultrapassa o patamar de 80 anos de idade.

Ter um plano ou seguro saúde é verdadeiro privilégio para o consumidor idoso! Entretanto, a manutenção do contrato é para esse consumidor um desafio ainda maior!

Evidentemente, a dificuldade financeira do consumidor idoso representa o principal motivo para que ele não consiga manter o contrato.

Daí a capital importância do controle da legalidade das cláusulas contratuais e das práticas dos fornecedores nos aumentos das mensalidades dos planos de saúde.

Insistimos nas condições do consumidor idoso mais uma vez. Diante do quadro fático e do suporte em estatísticas e estudos especializados, como regra o consumidor idoso vivencia e apresenta as seguintes características:

- seu grau de instrução é reduzido (não completa o ensino fundamental), situando-se na faixa da população qualificada como “analfabeto funcional”, isto é, que sabe assinar o nome (subscrever um contrato), mas não consegue compreender textos simples (entender cláusulas contratuais);
- sua possibilidade financeira é limitada, pois sua fonte de rendimento localiza-se principalmente numa aposentadoria de valor reduzido (logicamente, para contratar plano ou seguro saúde, deve possuir outras alternativas de renda) e, em muitos casos, como principal fonte de renda da família e sua saúde exige atendimento médico e hospitalar, já que naquela faixa etária acima dos 60 anos o ser humano apresenta mais ocorrências de doenças, fato confirmado pelas ciências atuariais.

Entendemos que a vulnerabilidade do consumidor representa seu estado de sujeição no mercado de consumo. A ele não é dado um espaço amplo de escolhas. Na verdade, o consumidor tem sua liberdade de escolha direcionada para aquilo que lhe é ofertado pelo fornecedor em termos de produtos e serviços, não somente nos aspectos da qualidade e quantidade, sobretudo na forma de contratação. Pode-se dizer que o instrumento de adesão traduz a face da sujeição no campo contratual.

As necessidades especiais do idoso apresentam reflexos, quando ele assume o papel de consumidor. Há exacerbação na dificuldade de julgamento, própria do avançar da

⁸ Há um movimento contínuo da redução do número de idosos com plano ou seguro saúde privado. Um estudo anterior da autoria de Wilson Marques Vieira Júnior e Mônica Martins denominado “Idosos e planos de saúde no Brasil: análise das reclamações recebidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar” (2015) (disponível em: <http://bit.ly/2VUqe8d>). Acesso em: 6 out. 2017) sublinhou dados de 2013 divulgados pela ANS e apontou números diferentes na contratação por idosos: “Diante deste contexto de transição demográfica, resultando no aumento da proporção de idosos na população mundial e brasileira, discute-se o impacto do envelhecimento sobre o aumento dos custos dos serviços de saúde. No Brasil, com 25 % da população vinculada a planos privados de saúde, cerca de 11% dos beneficiários destes têm 60 ou mais anos de idade. Trata-se de um grupo populacional portador de múltiplas doenças crônicas e, assim, com maior probabilidade de utilizar os serviços de saúde e maior risco de que esse cuidado exija grande intensidade de recursos e consequentemente incorra em altos gastos”. Essa comparação de números demonstra que, entre 2013 e 2017, num período aproximado de 4 anos o número de idosos com cobertura caiu de 11% para 7%. Essa comparação é significativa e reforça a preocupação do estudo com a adequada interpretação.

idade. Aspectos físicos e psicológicos servem de obstáculos à compreensão de todas as circunstâncias que cercam o ato de consumir.

De um lado, torna-se importante propiciar ao idoso um aprendizado, para que ele possa aceitar as transformações que ocorrem no seu corpo e na sua mente, sabendo lidar com elas e conquistando autonomia. Neste passo, a família exerce um papel fundamental para que o idoso tenha apoio e assistência das pessoas mais próximas. Todavia, de outro lado, o Estado e a sociedade têm a obrigação de criar mecanismos que contribuam para a superação deste quadro de vulnerabilidade. Ao idoso deve ser garantida uma vida digna.

Importante salientar que a vulnerabilidade não significa inaptidão para todas as atividades profissionais, falta de vontade de participar da vida social e nem tampouco uma ausência da ambição. E muito menos traduz uma pessoa desprovida de desejos e capaz de fazer escolhas.

É preciso respeitar o idoso como pessoa humana, dentro de suas características, que nada mais representam do que o natural processo do envelhecimento.

Entendemos que a vulnerabilidade do consumidor transforma-se no caso do consumidor idoso numa situação de maior intensidade de sujeição. Parte da doutrina usa o termo “hipervulnerável”⁹ para explicar aquela situação do consumidor idoso. E parece haver razão para tanto. Esse consumidor apresenta pelos motivos expostos maior dificuldade não só no acesso e na manutenção dos serviços de plano ou seguro saúde, mas principalmente para compreensão do contrato e seu alcance. Também nos tribunais há utilização daquele termo¹⁰.

E qualificar ou categorizar o consumidor idoso como “hipervulnerável” ou “duplamente vulnerável” serve para, a partir do reconhecimento daquelas necessidades especiais, fundamentar não somente a aplicação de princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, I, 6º, 39, IV, 46, dentre outros) e do Estatuto do Idoso (art. 3º, 4º e 10º, dentre outros), mas implementar medidas jurídicas que possam concretizar os direitos daquele cidadão. Direitos reconhecidos nos diplomas normativos, mas que não se transformam em realidade.

Insistimos que reconhecer direitos em favor do consumidor idoso não traduz uma modalidade de “incapacidade civil”. Ao consumidor idoso são atribuídos direitos para que possa, insistimos, superar as dificuldades e obstáculos impostos pela idade. Envelhecer é um direito personalíssimo previsto no Estatuto do Idoso (art. 8º) e significa: permitir-se e

⁹ Confira-se SCHMITT, Cristiano Heinicken. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 70, p. 139, 2009. Ainda a respeito, confira-se magistério de Carlos Nelson Konder no artigo “Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador”. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 101-123, maio-jun. 2015, destacando-se: “Nessa esteira, a doutrina consumerista foi paulatinamente fazendo referência a esses casos especiais, referindo-se a ‘vulnerabilidade potencializada’”. Em jurisprudência, afirmou-se que “o idoso é um consumidor ‘duplamente vulnerável’” e, como observado, mais recentemente a “hipervulnerabilidade”. Há outros trabalhos e expressões: (a) Fernando Costa de Azevedo, artigo “O reconhecimento jurídico da hipervulnerabilidade de certos grupos de consumidores como expressão de um sentido material de justiça no contexto da sociedade de consumo contemporânea” (disponível em: <http://bit.ly/2YV2CSy>. Acesso em: 6 out. 2017), que sustenta a hipervulnerabilidade e (b) Andrea Siqueira Martorelli, artigo “A tutela jurídica do consumidor idoso: um reconhecimento da vulnerabilidade extrema” (disponível em: <http://bit.ly/30Th0Lf>. Acesso em: 6 out. 2017), que advoga o conceito de “vulnerabilidade extrema”.

¹⁰ A respeito, confira-se precursor julgamento relatado pelo Ministro Herman Benjamin, REsp. nº 586.316-MG, 2ª Turma do STJ, julgado em 17.4.2007 (Dje 19.3.2009) com a brilhante passagem: “São exatamente os consumidores hipervulneráveis os que mais demandam atenção do sistema de proteção em vigor. Afastá-los da cobertura da lei, com o pretexto de que são estranhos à ‘generalidade das pessoas’, é, pela via de uma lei que na origem pretendia lhes dar especial tutela, elevar à raiz quadrada a discriminação que, em regra, esses indivíduos já sofrem na sociedade. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador”. No TJSP, oportuno mencionar: Apelação nº 1023425-74.2015.8.26.0564, 7ª Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador Rômulo Russo, julgado em 23.8.2017.

dar-se condições reais para que o cidadão possa envelhecer com dignidade e com respeito aos direitos capazes de propiciar um patamar mínimo de qualidade de vida.

Esse direito é personalíssimo porque só o próprio cidadão pode exercê-lo. O envelhecimento será viabilizado se houver efetiva concretização dos direitos explicitados no ordenamento jurídico.

E dar concretude a direitos significa transformar a realidade em favor do consumidor idoso, quando necessário. Ou em outros termos: transformar-se a realidade, quando o direito do idoso está ameaçado ou já se encontra violado. Propiciar que a lei vá além do abstrato, que saia dos livros para alcançar o cotidiano da sociedade.

No caso do consumidor idoso, oportuno realçar o tempo como um fator adicional relevante a ser considerado pelo intérprete em geral e pelo juiz especificamente. Aqui, se judicializado, o tempo de duração do processo deve ser ainda mais abreviado e acelerado por reconhecimento dessa vulnerabilidade específica do consumidor idoso. Nada mais do que dar concretude a normas constitucionais e legais, bastando citar: artigo 5º, LXXVIII da CF, artigo 6º, VIII do CDC, Artigo 71 do Estatuto do Idoso e artigos 6º e 1048, I do CPC.

A importância do julgamento do Superior Tribunal de Justiça situa-se na solução desses litígios repetitivos sobre aumentos das mensalidades dos contratos celebrados pelos idosos, buscando colocar parâmetros para definição da legalidade ou ilegalidade das cláusulas e posturas contratuais. Os efeitos daquele julgamento servem para dar celeridade e efetividade aos conflitos judicializados, numa perspectiva de eficiência e tempo razoável do processo.

E a correta dimensão dos efeitos daquele julgamento do Superior Tribunal de Justiça sobre os contratos celebrados entre fornecedor e consumidor idoso consubstancia o principal desafio do estudo, a partir das premissas sublinhadas e do conceito de vulnerabilidade (hipervulnerabilidade).

3. Tese fixada no julgamento do Superior Tribunal de Justiça

Considerando-se a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica tese de direito (*validade da cláusula contratual de plano de saúde que prevê o aumento da mensalidade conforme a mudança de faixa etária do usuário*), o julgamento do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ foi submetido à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, conforme o rito dos artigos 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, tendo como relator o eminente Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

A situação apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça consistia no reajuste de faixa etária para o consumidor, ao completar 59 anos de idade, num contrato de plano de saúde individual. O aumento daquele contrato questionado judicialmente foi da ordem de 88%.

O julgamento do incidente de recursos repetitivos configurou o Tema 952.

Importante ainda que, diante de diversas solicitações de esclarecimentos sobre o alcance da decisão de sobrestamento proferida pelo Ministro relator, foram feitas as seguintes delimitações no Tema 952¹¹:

¹¹ Outra informação sobre o julgamento é que ele não ingressou na discussão da controvérsia objeto de repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como Tema nº 381: aplicação do Estatuto do Idoso a contrato de plano de saúde firmado anteriormente a sua vigência, com ênfase no controle do aumento da contribuição em razão de ingresso em faixa etária diferenciada. O Superior Tribunal de Justiça analisou a matéria à luz dos contratos firmados após a vigência do Estatuto do Idoso.

- (i) os planos de saúde abrangidos são apenas os da modalidade individual ou familiar;
- (ii) a determinação de suspensão não impede a concessão de tutelas provisórias de urgência, desde que verificada a efetiva necessidade e a presença de seus requisitos legais, a exemplo da aferição da concreta abusividade do aumento da mensalidade.

Ou seja, naquilo que interessa ao nosso estudo, devemos ressaltar que o julgamento resumiu-se aos *contratos da modalidade individual ou familiar*.

Na conclusão do julgamento do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ, em 14.12.2016 (acórdão publicado no DJe 19.12.2016), a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese para os fins do art. 1.040 do Código de Processo Civil (CPC/2015):

O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que

- *haja previsão contratual,*
- *sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e*
- *não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.*

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no mesmo julgamento, ainda fixou os seguintes entendimentos:

a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.

b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância:

- (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos;*
- (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e*
- (iii) a variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.*

4. Fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para o julgamento e a fixação da tese

Em seu voto (vencedor), o ilustre Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva aponta os seguintes fundamentos principais para suas conclusões e proposição da tese:

- A. O mutualismo como base econômica adotada pelo contrato. Destaca-se a seguinte passagem:

impende asseverar que o modelo financeiro mais adotado pelas operadoras de plano de saúde no Brasil é o de diluição das despesas entre os diversos beneficiários, havendo a formação de um fundo mútuo, a tornar viável a solvência do plano e o custeio de consultas, cirurgias, internações e outros serviços de assistência à saúde quando utilizados pelo consumidor (regime de repartição simples).

Com base nele, criam-se preços fracionados, respeitando-se as características de utilização entre as diversas faixas etárias, diferenciando-se jovens e idosos.

- B. O princípio da solidariedade intergeracional. Segundo referido princípio, tem-se a situação dos mais jovens suportando parte dos custos gerados pelos idosos, originando, assim, o que o voto condutor sublinhou como “subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado)”. Esse princípio tem como objeto evitar a onerosidade excessiva ou a discriminação etária. Alertou-se que as mensalidades dos mais jovens eram proporcionalmente mais elevadas em termos de valores, contudo não ao ponto de fazer com que o contrato não tivesse atratividade para eles – o que acarretaria uma seleção adversa (também chamada “antisselação”).
- C. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária consiste numa regra atuarial e capaz de assegurar os riscos e, desta forma, manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de plano de saúde. Extraí-se a seguinte passagem do voto:

[...] no percentual de reajuste por mudança de faixa etária, é levado em consideração, nos cálculos, o perfil médio e atuarial de utilização dos serviços de saúde de cada estrato de idade. É dizer, pela mudança de perfil de utilização do plano, há alterações no risco transferido à operadora (aumento atuarial).

- D. Nos contratos ajustados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98, os reajustes contratuais acabaram por fugir ao controle específico que fora ordenado pelo próprio artigo 35-E da lei¹². Essa orientação respeitava a decisão do Supremo

¹² O artigo 35-E da Lei nº 9.656/98 (incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2011) apresenta a seguinte redação: “A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: I – qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS;”.

Tribunal Federal¹³ que vedou àquela disposição legal disciplinar os contratos ajustados antes de sua vigência – respeito ao ato jurídico perfeito. No caso dos reajustes por faixas etárias, deveria ser aplicada a previsão contratual, evidentemente sob o controle de abusividade a partir do Código de Defesa do Consumidor e da validade formal a partir das diretrizes da Súmula Normativa nº 03/2001 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

- E. Nos contratos ajustados após a vigência da Lei nº 9.656/98 ou adaptados a ela devem ter os reajustes das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário prevista expressa no contrato, sob forma clara, inclusive para todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada. Cuidam-se das regras previstas nos artigos 15, *caput*, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998¹⁴. A lei ainda veda qualquer reajuste por faixa etária acima de 60 anos, para os consumidores que estivessem no plano há mais de 10 anos. Extraí-se do voto ainda:

Regulamentando o tema, e antes da entrada em vigor da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) editou a Resolução CONSU nº 6/1998 fixando a observância, pelas operadoras, de 7 (sete) faixas etárias, além de determinar que o valor estabelecido para a última delas (70 anos) não superasse a 6 (seis) vezes o valor da faixa inicial (0 a 17 anos).

Essa regulamentação está de acordo com a legislação então vigente.

- F. Os contratos celebrados após a vigência do Estatuto do Idoso não podem ter qualquer aumento após o consumidor completar 60 anos de idade. Ou seja, a partir de 1º.1.2004, o artigo 15, § 3º da Lei nº 10.741/2003 vedou “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Por isso, foi editada nova resolução regulamentadora pela ANS, ampliando-se as faixas etárias para 10 (dez). Aquela nova disciplina, segundo o nobre Ministro Relator, “permitiu o aumento mais suave nos valores entre cada grupo etário, sendo o último para quem completar 59 (cinquenta e nove) anos, a obedecer, assim, os direitos do idoso – pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

- G. Os reajustes por faixa etária não encontram óbice nas várias leis, respeitados os limites impostos e identificados. O voto do ilustre Ministro Relator destacou ainda que o

[...] reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o

¹³ O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a ADI 1.931 MC/DF (DJ de 28/5/2004), decisão que terminou complementada no julgamento da ADI 1.931 MC-ED/DF (DJe 20/11/2014), ordenou a suspensão da eficácia do mencionado artigo 35-E.

¹⁴ O artigo 15 da Lei nº 9.656/98 (redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) dispõe: “A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o *caput* para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos”. E o artigo 16 (redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) dispõe: “Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: IV – as faixas etárias e os percentuais a que alude *caput* do art. 15;”.

lucro, o qual não pode ser predatório, ante a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.

Essa acomodação de interesses e direitos deve ser verificada no caso concreto.

H. Ainda nos contratos firmados após o Estatuto do Idoso, interpretou-se a disciplina feita pela ANS, fixando-se entendimento de que a

[...] variação entre a primeira e a última faixa etária não foi superior a 500% (máximo de 6 vezes), pois a regra do art. 3º, I, da RN nº 63/2003 da ANS, ao contrário do que sustenta a recorrente, aplica-se aos valores absolutos das contraprestações pecuniárias e não aos percentuais em si de reajuste.

Ou seja, se a mensalidade inicial do plano é de R\$ 100,00, a mensalidade do idoso não pode ser superior a R\$ 600,00 – independente da idade do idoso.

I. Na análise do caso concreto que gerou o incidente, o Ministro Relator afirma que o reajuste de 88% revela-se válido, porque está apoiado em prova pericial que demonstra o equilíbrio financeiro do índice praticado. A previsão contratual era de um índice de 110%, mas a conduta da empresa fornecedora de plano de saúde terminou por excluir o excesso ilegal e não razoável. Isto é, ao reduzir o percentual de aumento de 110% para 88%, a empresa de plano de saúde agiu para adequar-se às exigências da lei dos regulamentos da ANS, inclusive com respaldo na prova pericial produzida.

5. Condições fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça para admissibilidade dos reajustes por faixa etária

Como dito anteriormente, na conclusão do julgamento do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ, em 14.12.2016 (acórdão publicado no DJe 19.12.2016), a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese para os fins do art. 1.040 do Código de Processo Civil (CPC/2015):

O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que
(i) haja previsão contratual,
(ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e
(iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

Interessa, neste passo, destacar cada uma das condições fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

A. Existência de previsão contratual

A previsão contratual deve ser clara, contendo-se informação precisa sobre os percentuais de aumento a serem aplicados, como já explanado anteriormente e por imposição do próprio artigo 15 da Lei nº 9.656/98, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001.

Entendemos que a inserção de fórmulas ou equações para obtenção de índices a serem praticados por aumentos de qualquer natureza, inclusive os de faixa etária, traduzem violação do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor que exige informação clara para vinculação do consumidor e eficácia da disposição contratual.

Por exemplo, temos como ilegal a utilização de “unidades de referência” criadas pela empresa de plano de saúde para que seja aplicada uma fórmula matemática, ainda que supostamente apoiada em estudo atuarial. Não se pode subtrair do consumidor o conhecimento, no momento da contratação, dos percentuais de aumento por faixa etária.

O aumento do preço do contrato por faixa etária deve ser informado com destaque e sem qualquer dificuldade de localização pelo consumidor. Preferencialmente, deve ser redigido com letras em tamanho e cores diferenciados.

Essa exigência de clareza na informação sobre o percentual dos aumentos por faixa etária traduz incidência do princípio da harmonização dos interesses do consumidor e do fornecedor, a partir da boa-fé e do equilíbrio (art. 4º, III CDC).

Evita-se, de um lado, que o consumidor celebre o contrato sem o risco de surpresa sobre o preço, no decorrer da vigência do contrato. É importante observar que os aumentos por faixa etária acontecem sem prejuízo dos aumentos anuais – aqueles previstos no contrato para recomposição de custos ou para reposição da correção monetária e que, conforme época de celebração do contrato ou por força de termo de ajuste de conduta, exigem autorização da ANS.

Pode-se dizer que a “publicidade” do aumento de faixa etária deve ser semelhante àquela “publicidade comercial” usada pelas empresas de plano ou seguro saúde como estratégia de marketing para alavancar suas atividades. Algo que não deve ser “omitido” do consumidor, mas sim alvo de divulgação para alcance e conhecimento até mesmo pelo consumidor mais desatento.

Busca-se evitar, insistimos, a falta de informação sobre o preço do contrato. Em outras palavras, nada mais do que cumprir a exigência contida no artigo 31 do CDC.

De outro lado, permite-se que o fornecedor possa com antecedência prever suas receitas, de modo a fazer frente às despesas acarretadas pela execução do contrato de assistência à saúde, no conjunto ou grupo de consumidores. Evidentemente, esses aumentos exigem suporte em estudos atuariais.

A valorização da confiança no direito privado brasileiro esteve ligada à fase pré-contratual, conforme magistério de Cláudia Lima Marques¹⁵. Contudo, ressalta a ilustre professora que a chamada “pós-modernidade” nos trazia desafios positivos e negativos, dentre eles o aumento da desconfiança entre fornecedor e consumidor:

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 191.

se a crise da pós-modernidade pode ser vista como uma crise de desconfiança no direito, em seus instrumentos e instituições (inclusive o contrato), está na hora de uma reação, reação através do direito privado como realização das expectativas legítimas do homem comum, o leigo, o consumidor.

Entendemos que o “problema” da confiança como base da teoria contratual exige um comportamento ético das partes – consumidor e fornecedor.

Parece-nos inadmissível que, mesmo diante de previsão legal e disciplina reguladora da atividade, uma empresa de plano ou seguro saúde não cumpra os comandos legais ou as próprias disposições do contrato.

E não raro se encontram litígios judicializados que consistem na imposição de aumentos por faixa etária antes da época própria do contrato ou em percentuais acima daqueles previstos no contrato. Essas demandas judiciais retratam práticas violadoras da lei e do contrato pelas empresas de plano e seguro saúde – fornecedoras na linguagem do CDC.

Inúmeros precedentes do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) alinham-se com essa parte da tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça. Por todos¹⁶, menciona-se a Apelação Cível nº 1012862-14.2016.8.26.0361, 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relator o eminente Desembargador Moreira Viegas, julgado em 20.9.2017, sublinhando-se a ementa e trecho do acórdão:

PLANO DE SAÚDE. Reajuste por faixa etária, aplicado antes do termo e em percentual muito maior do que o autorizado pelo contrato – Ré que não comprovou a regularidade nem apresentou justificativas para o aumento no patamar aplicado – Invalidade do reajuste corretamente reconhecida – Sentença mantida Recurso desprovido. A avença firmada pelas partes, em atenção à referida norma, prevê expressamente as faixas de idade com seus respectivos percentuais de aumento (fls. 33), estabelecendo que, ao completar 19 anos, a autora teria em seu contrato um acréscimo de 17,33%. Entretanto, o que ocorreu foi que, quando a autora completou 18 anos, o reajuste foi de 46,95% (fls. 199). Ao contrário do que a ré insiste em afirmar, não há nos autos qualquer demonstração da regularidade deste reajuste, ocorrido antes do termo e em índice maior. (negrito do texto).”

O precedente analisado revela uma conduta com evidente violação do contrato: (i) aplica o aumento por faixa etária antes da previsão do contrato, antecipando-se de 19 anos como previsto no contrato para 18 anos e (ii) faz incidir um percentual de 46,95% contra 17,33% que é a previsão da disposição contratual.

Naquilo que interessa ao presente estudo, surpreende negativamente a postura adotada por alguns fornecedores na aplicação de reajustes por faixa etária não previstos no contrato.

Anotamos que a obrigação de exibição do contrato em Juízo é ônus do fornecedor. É da empresa de plano de saúde provar que cumpriu a obrigação legal de informar ao

¹⁶ Infelizmente, multiplicam-se os julgados que invalidam aumentos sem previsão contratual: (a) Apelação nº 1023425-74.2015.8.26.0564, 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relator o Desembargador Rômulo Russo, julgado em 23.8.2017, (b) Apelação Cível nº 1106444-75.2016.8.26.0100, 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relatora a Desembargadora Rosângela Telles, julgado em 22.8.2017.

consumidor sobre os percentuais de aumento por faixa etária, incidindo-se o direito básico do consumidor (art. 6º, III e 46 CDC).

A falta de exibição do contrato, medida que pode ser instrutória do processo (art. 378 e 398 CPC), implicará a admissão como incontroverso (art. 400, I CPC) do seguinte fato: inexistência de previsão contratual para o aumento por faixa etária.

Em novos tempos, buscando-se valorizar a ética nos vários campos da sociedade brasileira, a confiança no contrato somente será atingida quando fornecedor e consumidor agirem com respeito à lei e ao contrato.

B. Sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores

A segunda exigência explicitada pelo Superior Tribunal de Justiça localiza-se na disciplina realizada pelos órgãos governamentais reguladores, notadamente pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Valorizou-se a atividade reguladora da ANS.

Mais uma vez, destacamos essa disciplina, conforme a época de contratação:

a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, mencionaram-se as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.

b) Em se tratando de contrato firmado ou adaptado entre 21/1/1999 e 31/12/2003, devem ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância:

(i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos;

(ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e

(iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

Em todos os casos, insistimos, deve haver previsão contratual do percentual a ser aplicado.

Os requisitos impostos pela ANS devem ser interpretados em benefício do consumidor. Não podem ser utilizados pelo fornecedor em detrimento do consumidor, notadamente o consumidor idoso.

As diferentes disciplinas refletem uma evolução na preocupação com a diluição dos aumentos, de forma a não ocorrerem as duas situações destacadas pelo Superior Tribunal de Justiça: (a) desestímulo à contratação pelos mais jovens (antiseleção) e (b) impossibilidade de prosseguimento no contrato pelos idosos (cláusula de barreira).

A interpretação das normas da ANS deve se dar em harmonia com a lei, não podendo em qualquer hipótese produzir como resultado o afastamento dos princípios do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Plano de Saúde e do Estatuto do Idoso. O julgado do Superior Tribunal de Justiça não autorizou qualquer diminuição de direitos do consumidor em geral por força da disciplina regulamentadora da ANS.

Entre os diplomas normativos deve se trabalhar com o chamado “diálogo das fontes” que, na linha do magistério de Cláudia Lima Marques¹⁷, método de interpretação que propicia uma coordenação dos valores de proteção do hipervulnerável.

Toda essa normatividade deve servir, destacamos mais uma vez, para proteger a confiança depositada no vínculo contratual e as legítimas expectativas derivadas da boa-fé dos contratantes.

E ressaltamos que será ônus da empresa de plano de saúde trazer com clareza a informação sobre as faixas de aumentos baseados nas idades dos consumidores. Cuida-se de hipótese em que o fornecedor é detentor do conhecimento técnico – inclusive para demonstrar, em linguagem acessível ao consumidor e compreendida pelo juiz, que houve observância das normas regulamentares editadas pela ANS.

Essa demonstração como regra, deve dispensar a prova pericial. Ora, parece-nos impensável que para provar os requisitos de aumento impostos pela ANS deva se recorrer a um conhecimento técnico especializado, quando a lei impõe o direito de informação ao consumidor. Esse mecanismo de aumento – pelo menos na clareza dos percentuais de aumento por faixa etária e também da proporcionalidade de aumentos nas diversas faixas etárias – não demanda cálculos ou operações matemáticas complexas.

Entendemos que o julgamento feito pelo STJ abona essa conclusão, ao afirmar que, no contrato celebrado após a vigência do Estatuto do Idoso, a regulamentação da RN nº 63/2003 é aferida pela análise de valores absolutos das contraprestações pecuniárias e não dos percentuais em si de reajuste. Isto é, repetimos: se a mensalidade inicial do plano é de R\$ 100,00, para respeito à limitação de aumento entre a primeira e última faixa etária, a mensalidade do idoso não pode ser superior a R\$ 600,00 – independente da idade do idoso.

A omissão do fornecedor, diante de uma demanda judicial, autorizará o juiz a considerar violada a norma regulamentar da ANS e concluir pela ilegalidade do aumento.

C. Não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso

O terceiro e último requisito fixado pelo Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que não basta haver previsão contratual clara e expressa do percentual de reajuste e também não é suficiente que o aumento esteja dentro dos limites normativos impostos pela ANS – em relação ao número de faixas e à proporcionalidade das mensalidades (primeira e última) ou das faixas.

¹⁷ O chamado “diálogo das fontes” retrata a locução inserida no direito brasileiro a partir de magistério da professora Cláudia Lima Marques baseada na proposição de Erik Jayme. “*Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 41.

Num ponto extremamente importante do julgamento, o Superior Tribunal de Justiça decidiu: não pode haver abusividade no percentual aplicado e praticado pela empresa de plano de saúde.

Diz-se desarrazoado ou aleatório o percentual de aumento não justificado pela empresa de plano de saúde.

Parece-nos estreme de dúvidas que a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça preservou o valor de proteção do consumidor, exigindo-se que o percentual de aumento decorrente da faixa etária fosse devidamente explicado. Essa motivação (explicação) deve constar do contrato – ou como anexo (contendo o estudo atuarial) ou viabilizando-se o conhecimento pelo consumidor em consulta pela Internet (ou ferramenta equivalente – remessa pelo correio). Se judicializado o conflito, deve ser demonstrada e provada na instrução do processo.

Importante salientar que a justificativa deve pautar-se na ciência atuarial. Ou seja, nos dados estatísticos, probabilidades, combinações etc. Somente pelos estudos atuariais é possível fundamentar, de maneira adequada e com clareza, os percentuais de aumento.

Pensamos que somente com essa conduta a empresa de plano ou seguro saúde estará cumprindo o requisito fixado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em outros termos, se uma empresa lança no mercado um plano ou seguro saúde com previsão de aumentos por faixa etária, além de seguir as regras da ANS, deverá trazer os pareceres atuariais que fundamentam a necessidade de aplicação dos aumentos para o equilíbrio financeiro do contrato.

Exemplificando-se, num contrato de plano ou seguro saúde a previsão de aumento (reajuste) de 80% aos 59 anos de idade deve ser fundamentado pelo fornecedor, não bastando que ele se encontre dentro dos parâmetros regulamentares da ANS – a mensalidade final não seja superior a seis vezes a mensalidade inicial e as faixas 07 a 10 de aumento tenham total acumulado de aumentos igual ao acumulado na faixas anteriores (RN nº 63/2003).

Examinando julgados do Superior Tribunal de Justiça após o julgamento do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ, observamos uma tendência de não reexame sobre os fatos ligados ao juízo de valor da abusividade do aumento:

- (I) *casos em que o tribunal de origem entendeu que o aumento foi abusivo:* (a) AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.058.566 – RS, 3ª Turma, Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, julgado em 13.6.2017 (DJe 26.6.2017); (b) AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.048.548 – RS, 4ª Turma, Ministro Relator Antônio Carlos Ferreira, julgado em 22.8.2017 (DJe 01.9.2017).
- (II) *casos em que o tribunal de origem entendeu que o aumento não foi abusivo:* (a) AgInt no AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 850.636 – SP, 4ª. Turma, Ministro Relator Marco Buzzi, julgado em 16.3.2017 (DJ22.3.2017); (b) AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.582.321 – SP, 3ª Turma, Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, julgado em 06.4.2017 (DJe 17.4.2017); e (c) AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.107.533 – SP, 4ª Turma, Ministro Relator Raul Araújo, julgado em 29.8.2017 (DJe 26.9.2017).

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça vem exigindo que os tribunais locais exerçam, de maneira expressa, o juízo de valor sobre o percentual aplicado com justificativa sobre

a sua abusividade no caso concreto, notadamente se o aumento pode ser qualificado como desarrazoado ou aleatório, não bastando um juízo genérico de ilegalidade de qualquer aumento, conforme se extrai do AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.519.215 – SP, 4ª Turma, Ministro Relator Antônio Carlos Ferreira, julgado em 29.8.2017 (DJe 05.9.2017), destacando-se:

O Tribunal de origem, em desacordo com a jurisprudência do STJ, limitou-se a afastar qualquer reajuste aplicado ao plano de cobertura de beneficiário idoso, sem analisar, no caso concreto, se o índice seria desarrazoado ou aleatório. Não é possível a análise da matéria por esta Corte, pois demandaria o reexame do conjunto fático-probatório. Dessa forma, impõe-se a remessa dos autos às instâncias ordinárias, para que decidam à luz do precedente indicado.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça determina que, se excluído o índice de reajuste por faixa etária previsto no contrato, cabe ao magistrado na sentença ou no acórdão fixar o percentual a ser aplicado para manutenção do equilíbrio contratual. Se não o fizer na sentença ou no acórdão por ausência de elementos, deverá determinar a apuração do índice em liquidação de sentença.

A respeito, confira-se o recente precedente do STJ, Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ contemplando a tese de que, uma vez afastado o índice contratual para o reajuste de faixa etária previsto no contrato, deve o tema ainda ser objeto de liquidação de sentença para fixação do reajuste adequado a ser aplicado, conforme AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 539.652 – MG, 4ª Turma, Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, julgado em 14.2.2017 (DJe 21.2.2017)¹⁸, destacando-se:

Tal como registrado na decisão recorrida, as instâncias de origem entenderam que “o aumento de 45% e 41 % previstos no contrato se mostram excessivos, considerando que, como visto, é vedado reajuste diferenciado em relação à idade” (e-STJ fl. 233), de modo que a apelação foi provida para afastar a determinação de aumento por idade (e-STJ fl. 234).

Pela decisão agravada, deu-se provimento ao recurso especial para determinar a apuração, na fase de cumprimento da sentença, do índice de reajuste adequado a ser aplicado ao contrato em discussão nos autos, nos moldes em que decidiu a 2ª Seção no RESP 1.280.211/SP.

E, efetivamente, esse ponto foi destacado no corpo do acórdão do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ de rito repetitivos, Ministro Relator Ricardo Villas Boas Cuêva, *in verbis*:

[...] cumpre ressaltar que, se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde devido à alteração de faixa etária, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos

¹⁸ Essa tese foi desenvolvida e saiu vencedora, no julgamento do REsp. nº 1.280.211-SP, Segunda Seção, relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 23.4.2014 (DJe 04.9.2014), afetado à Seção para dirimir divergência de entendimentos. O acórdão é esclarecedor sobre as ponderações dos Ministros João Otávio Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino acerca da necessidade de integração do contrato, diante da própria natureza constitutiva negativa – não apenas declaratória – do conteúdo da sentença.

termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.

Entendemos que a liquidação pode ser processada por arbitramento ou pelo rito comum (art. 509 CPC), desde que possibilite ampla cognição. Deverá haver definição sobre o fato: *percentual adequado e justo para aquela faixa etária discutida na fase de conhecimento*. A liquidação pode ser feita por iniciativa de qualquer das partes.

Como regra, após a conclusão do Poder Judiciário pela ilegalidade do reajuste fixado no contrato, será da empresa de plano de saúde o ônus de iniciar a fase de liquidação da sentença para definição do percentual adequado do aumento por faixa etária, inclusive suportando o ônus financeiro da perícia, agora sim pertinente e necessária¹⁹ – cogita-se a dispensa da perícia somente se no caso concreto a fornecedora trazer para os autos parecer atuarial ou estudo não apresentado na fase de conhecimento, mas que possa dar suporte a outro percentual de aumento.

E não se imagina que, na conclusão da liquidação, se possa “ressuscitar” o percentual de aumento afastado na fase de conhecimento, sob pena de violação da coisa julgada. Não há na liquidação de sentença uma “segunda chance” de o fornecedor provar a adequação do aumento previsto no contrato.

Enquanto não realizada e concluída a liquidação, o contrato terá seguimento sem aplicação de reajuste de faixa etária.

6. Considerações finais

A interpretação proposta logicamente não exaure o campo de possibilidades e problemas que serão enfrentados no estudo do tema.

O conflito entre consumidor e fornecedor oriundo da aplicação do reajuste por faixas etárias durante a vigência do contrato ocupa o dia a dia do magistrado.

Essa judicialização do contrato e da definição do índice de reajuste traduz, de um lado, um grave e sensível problema para o consumidor idoso. A partir da realidade examinada no início do estudo, não parece difícil perceber que o consumidor idoso brasileiro apresenta enormes dificuldades nos campos social, educacional e econômico. Ele não compreende o contrato. As cláusulas não são de fácil percepção e compreensão. Pior ainda: no avançar da idade, quando mais precisa de remédios e tratamento médico e hospitalar, o consumidor assiste perplexo e impotente a elevação da sua despesa com a manutenção do plano de saúde.

Significa dizer que o consumidor, pelo que se extrai das ações judiciais, de fato somente tem a informação sobre a cláusula contratual de reajuste de faixa etária, quando ela é aplicada – ou seja, quando recebido o boleto de pagamento da mensalidade do plano de saúde.

¹⁹ Essa perícia mencionada na fase de liquidação de sentença tem razão de ser. E cuida-se de situação distinta da verificada na fase de conhecimento, como salientado anteriormente, em que deve o fornecedor demonstrar para os contratos celebrados após a vigência do Estatuto do Idoso que a cláusula de reajuste disciplina com clareza os percentuais aplicados por faixa etária, no total de 10 faixas etárias, além de respeitar a proporcionalidade preconizada.

Os maiores aumentos das mensalidades de plano e seguro saúde usualmente ocorrem quando o consumidor está prestes a se tornar um “consumidor idoso” – ou no caso dos contratos antigos (anteriores ao Estatuto do Idoso) até mesmo depois da terceira idade.

Uma interpretação judicial alheia a essa realidade pode transformar a disposição contratual numa verdadeira “cláusula de barreira”. Esse ponto foi devidamente frisado na fundamentação do Superior Tribunal de Justiça como resultado indesejável e que deve ser coibido pela decisão judicial.

De outro lado, não se pode subtrair do fornecedor o direito ao lucro, que somente pode ser obtido com o equilíbrio econômico financeiro do contrato. A cláusula de reajuste por faixa etária viabiliza essa justiça econômica do contrato, se analisadas as figuras do consumidor e do fornecedor.

A pulverização do aumento entre faixas etárias tem como objetivo dividir a responsabilidade econômica entre os consumidores das diversas idades. Essa técnica, como já frisado, concretiza o princípio da solidariedade social – nada mais do que aplicação do artigo 3º, I da Constituição Federal.

Contudo, para se atingir esse resultado econômico justo deve haver uma conduta de boa-fé do fornecedor. Ele deve elaborar a equação econômica do contrato com clareza e pautada em estudos atuariais. E o controle sobre a correção do seu procedimento deve ser analisado administrativamente pela ANS e judicialmente pelo Poder Judiciário.

No processo judicial, a cooperação do fornecedor no fornecimento de dados e estudos sobre os aumentos de faixa etária traduz participação essencial para obtenção do processo justo e efetivo.

Daí porque não basta ao fornecedor afirmar, em sua defesa, que o percentual de aumento para faixa etária está previsto no contrato ou que segue limites dados pelas normas da ANS. Exige-se mais: deve o fornecedor provar que o percentual de aumento é *razoável e não aleatório*.

Há uma divergência sobre o que seja percentual razoável. Pode variar conforme o caso concreto. Tanto que há julgados que consideram razoável o percentual próximo a 80% e outros que rechaçam aquele percentual. Essa aparente colisão de julgados pode ser desfeita, se houver motivações diferentes nos contratos para justificar em cada caso concreto a utilização do percentual de 80%.

Entendemos que *razoável* deve ser algo que não sirva de “cláusula de barreira” para o consumidor – em muitas demandas judiciais a parte será o consumidor prestes a se tornar “consumidor idoso” ou, no caso dos contratos anteriores à vigência do Estatuto do Idoso e da própria Lei de Plano de Saúde, será já um consumidor com mais de 60 anos de idade.

E não estamos propugnando pela inexistência de aumento ou uma situação de iniquidade em relação ao fornecedor. Evidentemente, não se quer “punir” o fornecedor!

E, neste passo, na adequada fundamentação do Superior Tribunal de Justiça, muito bem desenvolvida pelo Nobre Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, o que se defende é uma conclusão bem diversa e que se situa apenas na exigência de não ser aleatório o aumento.

Entendemos que se qualifica como adequado, isto é *não aleatório*, o aumento pautado num estudo atuarial prévio. E não devemos enxergar nesse juízo de valor algo de “outro mundo”. Embora seja um tema complexo para os leigos, podemos nos referir à ciência atuarial como aquela capaz de gerar conhecimento para análise de riscos a partir de dados estatísticos e operações matemáticas. Ou seja, identificam-se ou produzem-se

estatísticas com utilização associada de probabilidades e combinações, tudo para medição de riscos, notadamente nos contratos de seguros.

Exemplos de dados que devem ser considerados pela empresa de plano e seguro saúde na elaboração e justificativa do preço do contrato, incluindo-se a fixação de reajustes por faixas etárias: (a) estatísticas da composição por idade da população brasileira, conforme região, estado e município, (b) estatísticas de incidência de doenças conforme idade, (c) estatísticas sobre tipos de tratamentos e tempo de internação para determinadas doenças, conforme faixa etária. E, a partir daquelas estatísticas, podem-se utilizar ferramentas da matemática (probabilidades e combinações) para se analisar o risco e o custo provável em face de um consumidor e seu perfil. Essa análise de risco e custo pode variar conforme a base de dados e o universo considerado – aquilo que formará a carteira.

Importante destacar que compete às empresas a promoção de estudos e pareceres para instrução de procedimentos junto à ANS e ao Poder Judiciário. Vivemos a época em que a economia é cada vez mais baseada no conhecimento e na informação. No campo dos planos e seguro saúde, tem-se a ciência atuarial como ferramenta nuclear da atividade empresarial.

A tese jurídica firmada pelo Superior Tribunal de Justiça deve ser aplicada com a prudência sugerida, inclusive para eventual instauração de uma liquidação de sentença, quando necessária à fixação de um percentual alternativo e adequado de aumento da mensalidade por faixa etária e que substituirá o percentual inserido no contrato mas qualificado como desarrazoado ou aleatório.

Porém, se houver inércia ou até ineficiência do fornecedor (empresa de plano ou seguro saúde) para a adequada instrução do processo, subsistirá a vigência do contrato sem os aumentos por faixa etária. Pode-se admitir, desde que fundamentadamente, um percentual fixado por equidade pelo juiz, devidamente fundamentado e com base em elementos ou informações disponíveis (por exemplo, repete-se o percentual da faixa anterior, admitido como justo e equilibrado pelas partes).

Ousamos trazer alguns apontamentos para facilitar a compreensão do tema e a aplicação pelos magistrados das teses fixadas pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, notadamente pelo efeito vinculante produzido a partir do artigo 1040 do Código de Processo Civil.

Importante destacar que os magistrados devem aplicar a tese firmada, mas sempre com análise do caso concreto. Essa advertência ficou muito clara na fundamentação do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça.

Uma última indagação necessária: a tese fixada no julgamento do Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça pode ser aplicada a outras modalidades de contrato, notadamente aos “*contratos coletivos*”?

A tese se firmou para os “*contratos individuais e familiares*”.

Em relação aos “*contratos coletivos*”, devemos fazer algumas ponderações.

Parece-nos que, mesmo nos contratos coletivos, deve ser aplicado o juízo de previsão contratual expressa do percentual de reajuste (aplicação do artigo 46 do CDC) e também, o juízo de abusividade (art. 51, IV do CDC).

Há recente precedente do STJ, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.190.102 – RS, relator o Ministro Luís Felipe Salomão, decisão monocrática de 20.10.2017 (Dje 27/10/2017), que acaba por aplicar raciocínio similar ao desenvolvido no Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ também para solução de uma ação judicial que envolvia um contrato coletivo, assim se pronunciando:

Examinando as particularidades do caso concreto denoto que quando a autora completou 60 anos, em 2008, era beneficiária de contrato coletivo regulamentado, firmado antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso, com o reajuste por mudança de faixa etária estabelecido nos termos da Resolução CONSU 06/98, e, na oportunidade, sofreu reajuste no percentual de 57,66%. Conforme já referido, nos termos do entendimento consolidado no julgamento do REsp 1.280.211/SP, é aplicável o reajuste etário aos consumidores com mais de 60 anos, em se tratando de relações jurídicas mantidas há menos de dez anos, nos contratos firmados entre 02.01.1999 e 31.12.2003, observadas as regras da Resolução CONSU n. 06/1998, assim como a boa-fé e a proporção entre o reajuste e o aumento da demanda.

Tenho que neste caso a variação dos percentuais de reajuste por faixa etária evidencia dissonância com a regulamentação acerca da matéria, pois não houve a devida diluição dos reajustes, sendo o reajuste efetuado ao alçar dos 60 anos muito superior aos reajustes previstos para as faixas etárias imediatamente anteriores. Houve excessiva majoração da mensalidade do plano de saúde por ocasião do implemento dos 60 anos de idade, impondo ao beneficiário ônus excessivo em sua contraprestação a tornar inviável o prosseguimento do vínculo. Consoante o entendimento fixado pelo STJ no REsp n. 866.840/SP, a ausência de justificativa para o nível de aumento aplicado, que se torna evidente pela demasia da majoração do aumento da mensalidade, comparada com os percentuais de reajuste anteriormente postos, compromete a validade da norma contratual. Por esse motivo, adotando-se critério de razoabilidade, para essa última faixa etária, por equidade, e para efeito de integração do contrato, declara-se abusivo o reajuste incidente, que será substituído pelo reajuste ora arbitrado em 30%. Nesse ponto, adota-se o mesmo critério aplicado no sistema do Juizado Especial Cível, em que as Turmas Recursais aprovaram a Súmula n. 20, nesses termos.

Não se desconhece que o STJ, no REsp n. 1.280.211/SP, adotou, como solução substitutiva ao reajuste abusivo, a “apuração em fase de cumprimento de sentença, do adequado aumento a ser computado na mensalidade do plano de saúde, à luz de cálculos atuariais voltados à aferição do efetivo incremento do risco contratado”. Entretanto, a solução preconizada pelo tribunal superior, com a devida vênia, não é prática ou efetiva, remetendo para liquidação de sentença, por perícia atuarial, cálculos para em cada contrato apurar o índice de reajuste devido, cuja complexidade, custos de perícia e demora, somente fará piorar e onerar a relação contratual entre as partes. A fixação do reajuste em até 30% afirma-se, a meu sentir, critério mais prático, razoável e condizente com a realidade e objetivo para buscar o reequilíbrio e a harmonia dessa relação contratual.

Também no Tribunal de Justiça de São Paulo há precedente em que se aplica ao “contrato coletivo” a tese desenvolvida no Recurso Especial nº 1.568.244 – RJ, Apelação Cível nº 1025535-86.2015.8.26.0001, 3ª Câmara de Direito Privado, relatora a Desembargadora Márcia Dalla Déa Barone, julgado em 07.06.2017, destacando-se:

Raciocínio semelhante pode ser aplicado aos contratos coletivos que também indicam reajuste por mudança de faixa etária. Veda-se, contudo, aumentos manifestamente desproporcionais e sem qualquer justificativa técnica atuarial, que comprometam os direitos do consumidor e do beneficiário.

Neste contexto, embora se reconheça que as obrigações particulares estão adstritas ao princípio do pacta sunt servanda, é certo que esta determinação não é absoluta, devendo ser limitada em situações de evidente abusividade, conforme se vê no presente caso.

Ademais, ao contrário do sustentado pela ré, o reajuste do contrato em valores acima daqueles autorizados pela agência reguladora que cuida dos contratos de plano de saúde viola os artigos 39, inciso X, e artigo 51, incisos IV, X e XV do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicabilidade é incontroversa, conforme acima destacado. Com efeito, os artigos referidos dispõem que é vedada, dentre outras práticas abusivas, a elevação sem justa causa do preço de produtos ou serviços. Não se autoriza a modificação do valor sem justo motivo, a fim de que não sejam causados prejuízos aos consumidores que se encontram em posição de vulnerabilidade.

Não obstante, a imposição de aumentos em valores que superam aqueles autorizados pela ANS não pode ser aceita sem a efetiva comprovação da elevação do risco e do aumento da sinistralidade, vez que dessa forma seria possível avaliar a necessidade do reajuste e seu percentual, devendo ser declarada nula a cláusula que estabelece essa forma de reajuste.

Cumprе consignar que embora a requerida justifique a majoração do valor da mensalidade na elevação do risco, deixou de apresentar documentos que demonstrassem a efetiva necessidade do reajuste.

Nessa esteira, a majoração no valor de mensalidade é inequivocamente abusiva e deve ser afastada, a fim de que não se verifique a imposição de desvantagem exagerada contra os consumidores. Com efeito, no caso dos autos a requerida informou que promoveria reajuste de 100% do valor da mensalidade anterior.

No contrato coletivo, o magistrado deve agir com maior prudência e cautela de modo a não fazer o interesse individual sobrepor-se demasiadamente ao interesse coletivo – do grupo que contratou coletivamente. Até porque, uma vez coibido o aumento por faixa etária para um dos consumidores do contrato coletivo, haverá repercussão para toda coletividade beneficiada pelo negócio jurídico. De uma maneira ou de outra, o fornecedor buscará uma forma de repassar o custo para o contrato coletivo – ainda que por aumento previsto em outra modalidade de elevação.

Em suma, essencial a atividade do magistrado na fase de instrução do processo, colhendo-se elementos que propiciem a ele um julgamento atento para a realidade das partes, a conduta adotada por consumidor e fornecedor e, por último, o mecanismo de aumento por faixa etária e suas justificativas atuariais.

Concluindo-se, a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça dá uma grande margem de atuação e interpretação ao magistrado, a quem caberá analisar, instruir e decidir o processo observando-se os seguintes pontos:

1. época da contratação (ou adaptação do contrato) e identificação do contrato discutido e das normas aplicáveis (leis ordinárias e regras da ANS);
2. existência da cláusula contratual sobre aumento de faixa etária (problema na formação do contrato – campo da existência do negócio jurídico, a partir do artigo 46 do CDC);
3. a clareza da cláusula contratual sobre aumento de faixa etária (problema na formação do contrato, mais especificamente na informação do percentual – campo da validade do negócio jurídico, a partir do artigo 46 do CDC);
4. a justiça ou abusividade da cláusula contratual sobre aumento da faixa etária retraindo de maneira expressa e fundamentada um juízo de valor sobre a razoabilidade (justificativa por critérios atuariais) ou aleatoriedade do índice de aumento aplicado (problema da validade da disposição contratual, mais especificamente um juízo com equidade sobre o percentual de aumento, a partir do artigo 51, IV do CDC); e
5. se concluir pela ilegalidade do percentual de aumento previsto na cláusula contratual, integrar o negócio jurídico com a fixação de percentual justo e adequado para manter-se o equilíbrio contratual.

Bibliografia

AZEVEDO, Fernando Costa de. O reconhecimento jurídico da hipervulnerabilidade de certos grupos de consumidores como expressão de um sentido material de justiça no contexto da sociedade de consumo contemporânea. In: Seminário Internacional Imagem da Justiça, Currículo e Educação Jurídica, 1., 2012. *Anais [...]*. Pelotas: UFPel, 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2YV2CSy>. Acesso em: 6 out. 2017.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 101-123, maio-jun. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2YRZhDS>. Acesso em: 6 out. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTORELLI, Andrea Siqueira. A tutela jurídica do consumidor idoso: um reconhecimento da vulnerabilidade extrema. *Saber Jurídico*, n. 11, 2014. Disponível em: <http://bit.ly/30ThoLF>. Acesso em: 6 out. 2017.

SCHMITT, Cristiano Heinicken. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 70, p. 139, 2009.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Dados sobre o Envelhecimento no Brasil*. Disponível em: <http://bit.ly/2QzCYjA>. Acesso em: 6 out. 2017.

TERCEIRA Idade – Dados Estatísticos sobre os Idosos. *Saúde em Movimento*, 3 maio 2002. Disponível em: <http://bit.ly/2EHv5nh>. Acesso em: 6 out. 2017.

VIEIRA JÚNIOR, Wilson Marques; MARTINS, Mônica. Idosos e planos de saúde no Brasil: análise das reclamações recebidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 20, n. 12, p. 3817-3826, 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2VUqe8d>. Acesso em: 6 out. 2017.